

Détermination par accord d'entreprise (art. L.2313-2) – Contrôle du juge – Primauté de l'autonomie conventionnelle – Limites – 1/ Fraude des signataires consistant à la fixation des établissements dans le seul but de garantir leur implantation et leur élection – 2/ Abus de droit tenant à un découpage contraire aux intérêts des salariés, ne garantissant pas un fonctionnement efficient des CSE et ne permettant pas d'exercer au mieux leurs attributions.

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE PARIS 6 novembre 2018

SUD RATP contre CGT RATP, CFE-CGC RATP, UNSA RATP et EPIC RATP (n° RG 18/06.526)

EXPOSÉ DU LITIGE

Le 23 mars 2018, l'EPIC RATP, d'une part, et la Confédération française de l'encadrement-Confédération générale des cadres (CFE-CGC) du groupe RATP, la Confédération générale du travail (CGT) de la RATP, l'Union nationale des syndicats autonomes RATP (UNSA RATP), d'autre part, ont signé un accord collectif, intitulé « *Accord-cadre relatif à la qualité du dialogue social à la RATP* », qui a pour objet, compte tenu « *de l'échéance proche des élections professionnelles prévues en novembre 2018, mais également des adaptations nécessaires des textes d'entreprise (accords collectifs ou autres dispositions faisant référence aux IRP [institutions représentatives du personnel]) consécutives à la mise en place des CSE [comité social et économique]* », de « *définir les périmètres des différents établissements distincts et les principes généraux des discussions à venir* ».

Cet accord comporte, en annexes I et II, la liste des établissements distincts dans lesquels un CSE d'établissement devra être mis en place, l'annexe II contenant une liste « *provisoire* » applicable pendant une période transitoire d'une durée de trois ans, correspondant au cycle électoral 2018/2021, « *afin de permettre une période d'adaptation et une montée progressive en compétence de l'ensemble des acteurs du dialogue social* ».

Contestant le périmètre des établissements délimités par l'accord-cadre, le syndicat SUD RATP, dûment autorisé par ordonnance en date du 17 mai 2018, a, par actes d'huissier de justice délivrés le 22 mai 2018, fait citer l'EPIC RATP, la CFE-CGC RATP, la CGT RATP et l'UNSA RATP devant le Tribunal de grande instance de Paris selon la procédure à jour fixe, aux fins de voir prononcer la nullité de l'accord.

Aux termes de ses dernières écritures notifiées par la voie électronique le 3 septembre 2018 et soutenues oralement à l'audience du 11 septembre 2018, le syndicat SUD RATP demande au tribunal, au visa des articles 788 et suivants du Code de procédure civile, de l'accord-cadre du 23 mars 2018, de l'article L.2262-14 du Code du travail et sous le bénéfice de l'exécution provisoire, de :

- déclarer son action recevable et bien-fondée ;
- annuler en toutes ses dispositions l'accord-cadre conclu le 23 mars 2018 ;
- condamner solidairement les défendeurs au paiement d'une somme de 3.000 euros sur le fondement des

dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile, ainsi qu'aux entiers dépens.

Aux termes de ses dernières conclusions notifiées par la voie électronique le 23 août 2018 et reprises oralement à l'audience, l'EPIC RATP demande au tribunal, au visa des articles L. 2232-12, L. 2313-2 et 4 du Code du travail, de l'accord-cadre du 23 mars 2018 et du protocole d'accord sur le droit syndical de 2011, de :

- dire et juger le syndicat SUD RATP mal-fondé en sa demande ;

En conséquence,

- l'en débouter ;
- le condamner à 1.500 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile, ainsi qu'aux entiers dépens.

Aux termes de ses dernières écritures notifiées par la voie électronique le 05 septembre 2018, l'Union syndicale CGT de la RATP demande au tribunal, au visa des articles 117 du Code de procédure civile, L. 2313-2 du Code du travail et de l'accord-cadre relatif à la qualité du dialogue social à la RATP en date du 23 mars 2018, de :

In limine litis,

- dire nulle l'assignation en date du 22 mai 2018 signifiée par le syndicat SUD RATP ;

En tout état de cause :

- débouter le syndicat SUD RATP de l'ensemble de ses demandes ;
- condamner le syndicat SUD RATP à lui verser la somme de 3.000 au titre de l'article 700 du Code de procédure civile, ainsi qu'aux éventuels dépens.

À l'audience du 11 septembre 2018, l'Union syndicale CGT de la RATP a abandonné sa demande tendant à voir dire nulle l'assignation délivrée le 22 mai 2018.

Aux termes de ses dernières conclusions notifiées par la voie électronique le 23 août 2018 et reprises oralement à l'audience, la CFE-CGC RATP demande au tribunal, au visa des dispositions de l'ordonnance du 22 septembre 2017, de :

- la recevoir en ses écritures ;
- déclarer le syndicat SUD RATP mal-fondé en toutes ses demandes et l'en débouter ;
- condamner le syndicat SUD RATP à lui verser la somme de 3.000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile, ainsi qu'en tous les dépens dont distraction au profit de Maître Christelle Verrechia,

avocat constitué, en vertu de l'article 699 du même code.

L'UNSA RATP n'a pas constitué avocat. Il sera donc statué par décision réputée contradictoire.

MOTIFS

Sur la demande d'annulation de l'accord-cadre du 23 mars 2018

Au soutien de sa demande d'annulation, le syndicat SUD invoque deux arguments tenant, d'une part, à l'absence de dénonciation préalable du protocole d'accord du 28 février 2011 relatif au droit syndical et à la qualité du dialogue social et, d'autre part, au périmètre des CSE d'établissement.

S'agissant de l'absence de dénonciation du protocole d'accord de 2011, ainsi que le font justement valoir les défendeurs, non seulement le demandeur ne justifie pas du fondement juridique de l'argumentation qu'il développe sur ce point, mais, en tout état de cause, la dénonciation préalable du protocole n'était nullement nécessaire, dès lors que les deux textes en cause, même s'ils ont des intitulés proches, n'ont pas le même objet, le protocole d'accord de 2011 traitant de la désignation des différents délégués syndicaux et représentants de section syndicale, de leurs prérogatives, ainsi que des moyens qui leur sont attribués pour les exercer et non de la mise en place des institutions du personnel que le CSE a vocation à remplacer. Il sera, en outre, relevé que l'article 1 de l'accord-cadre du 23 mars 2018 prévoit qu' « à la suite de la conclusion du présent accord-cadre, s'engagera jusqu'en mi-mai une période de négociation relative au thème du dialogue social, comportant à la fois une révision du protocole relatif au droit syndical et à la qualité du dialogue social à la RATP et la définition des futures instances représentatives du personnel, conformément aux thèmes de négociation prévus dans le cadre de l'ordonnance 2017-1386 du 22 septembre 2017 et de ses décrets d'application ».

L'absence de dénonciation du protocole d'accord de 2011 ne saurait, par conséquent, entraîner l'annulation de l'accord-cadre.

Le syndicat SUD conteste également le périmètre des établissements retenu par l'accord-cadre, considérant que celui-ci porte atteinte aux droits des salariés en ce qu'il ne leur permet pas de bénéficier d'une représentation collective de proximité et que les métiers regroupés ne constituent pas une communauté de travail et ne peuvent, par conséquent, pas être fusionnés en un seul établissement.

Les défendeurs répliquent qu'en application de l'article L. 2313-2 du Code du travail, ils étaient libres de déterminer le périmètre des établissements distincts sans être tenus de respecter ni les critères précédemment retenus par la jurisprudence pour fixer le périmètre des établissements en cas d'élection des délégués du personnel, ni celui figurant au nouvel article L. 2313-4. La RATP et la CFE-CGC RATP

ajoutent que les critiques du demandeur à l'encontre des établissements définis par l'accord-cadre ne sont pas pertinentes, que celui-ci procède par voie d'affirmation sans étayer sa démonstration, que la définition jurisprudentielle de l'établissement distinct qu'il invoque, qui est fondée sur les métiers, n'est plus applicable et qu'en tout état de cause, elle ne serait pas adaptée en l'espèce.

En application de l'article L. 2263-13 du Code du travail, il appartient à celui qui conteste la légalité d'une convention ou d'un accord collectif de démontrer qu'il n'est pas conforme aux conditions légales qui le régissent.

L'article L. 2313-1 du Code du travail dispose qu'un comité social et économique est mis en place au niveau de l'entreprise.

Des comités sociaux et économiques d'établissement et un comité social et économique central d'entreprise sont constitués dans les entreprises d'au moins cinquante salariés comportant au moins deux établissements distincts.

Aux termes de l'article L. 2313-2 du même code, un accord d'entreprise, conclu dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 223212, détermine le nombre et le périmètre des établissements distincts.

L'article L. 2313-3 prévoit qu'en l'absence d'accord conclu dans les conditions mentionnées à l'article L. 2313-2 et en l'absence de délégué syndical, un accord entre l'employeur et le comité social et économique, adopté à la majorité des membres titulaires élus de la délégation du personnel du comité, peut déterminer le nombre et le périmètre des établissements distincts.

Enfin, selon l'article L. 2313-4, en l'absence d'accord conclu dans les conditions mentionnées aux articles L. 2313-2 et L. 2313-3, l'employeur fixe le nombre et le périmètre des établissements distincts, compte tenu de l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel.

Le « découpage » des entreprises d'une certaine taille en établissements distincts, lequel a pour objectif d'assurer au mieux la représentation des salariés, n'est pas nouveau. En revanche, les règles de détermination des établissements définies aux articles L. 2313-2 à L. 2313-4 sont, elles, nouvelles.

L'emploi de l'indicatif, indicatif qui, dans la loi, correspond à un impératif, la concision, voire le « laconisme » de l'article L. 2313-2, comme l'articulation des articles L. 2313-2, L. 2313-3 et L. 2313-4, confirment le rôle prépondérant et la liberté que le législateur a entendu accorder aux partenaires sociaux en la matière, ce qui est conforme aux évolutions législatives récentes, qui souhaitent renforcer leur légitimité dans l'entreprise, ainsi que la place et la force de la négociation collective et,

notamment, la force normative des accords collectifs, les organisations syndicales représentatives étant investies de la défense des droits et intérêts des salariés qui, par leur vote, participent directement à leur habilitation et disposant de toutes les informations utiles tenant à l'organisation et au fonctionnement de l'entreprise, ainsi qu'aux spécificités de son activité.

De fait, l'article L. 2313-2 ne fixe aucun critère légal d'identification de l'établissement distinct que les partenaires sociaux devraient impérativement prendre en compte. L'ordre des dispositions et leur rédaction conduisent à écarter l'argument du demandeur selon lequel le critère défini à l'article L. 2313-4 s'imposerait à eux comme à l'employeur.

Les partenaires sociaux ne disposent pas, pour autant, en la matière, d'un pouvoir discrétionnaire faisant obstacle à toute contestation du découpage par eux retenu. Certes, dans le guide intitulé « *Comité social et économique, 100 questions-réponses* », le ministère du Travail considère que « *en cas d'accord d'entreprise ou d'accord avec le CSE, les critères peuvent être librement déterminés par les partenaires sociaux* ». Cependant, outre le fait que ce document n'a aucune valeur normative, la position ainsi exprimée n'exclut pas, en elle-même, un contrôle *a posteriori* du juge, contrôle qu'il convient d'exercer en tenant compte de la primauté reconnue au dialogue social et du principe de liberté précédemment mis en évidence.

En l'espèce, le syndicat SUD RATP n'établit, ni même n'allègue l'existence d'une collusion frauduleuse entre la RATP et les organisations syndicales signataires consistant à fixer le nombre et le périmètre des établissements distincts dans le seul but de garantir leur implantation et leur élection.

La preuve d'un usage abusif de leurs prérogatives par les partenaires sociaux aboutissant à un découpage contraire aux intérêts des salariés, qui ne garantirait pas un fonctionnement efficient des comités sociaux et économiques et ne leur permettrait pas d'exercer au mieux leurs attributions, n'est pas davantage rapportée, étant souligné, ainsi que le font justement valoir la RATP et la CFE-CGC, d'une part, que le demandeur procède par voie d'affirmation générale sans développer précisément son argumentation et, d'autre part qu'il est nécessaire de tenir compte de la spécificité du comité social et économique. En effet, dès lors que celui-ci exerce les compétences précédemment dévolues aux délégués du personnel, comités d'entreprise et comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, les anciens critères jurisprudentiels d'identification des comités d'établissement ne sont, à l'évidence, plus pertinents.

La demande du syndicat SUD RATP tendant à voir annuler l'accord-cadre signé le 23 mars 2018 sera, par conséquent, rejetée.

Sur les demandes annexes

Succombant à l'instance, le syndicat SUD RATP sera condamné aux dépens, qui pourront être recouverts directement par Maître Christelle Verrecchia conformément aux dispositions de l'article 699 du Code de procédure civile.

Il doit, en application des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile, supporter la partie des frais non compris dans les dépens et exposés par les défendeurs à l'occasion de la présente instance. Il sera condamné à leur payer à chacun la somme de 1.500 euros à ce titre.

Au vu de l'issue du litige, il n'y a pas lieu d'assortir le prononcé de la présente décision du bénéfice de l'exécution provisoire.

PAR CES MOTIFS

Le tribunal, statuant publiquement, par jugement mis à disposition au greffe, réputé contradictoire et en premier ressort ;

Déboute le syndicat SUD RATP de l'intégralité de ses demandes ;

Condamne le syndicat SUD RATP à payer à l'EPIC RATP, à la CFE-CGC du groupe RATP et à l'Union syndicale CGT de la RATP la somme de 1.500 euros (mille cinq cents euros) chacun sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile ;

Condamne le syndicat SUD RATP aux dépens, qui pourront être recouverts directement par Maître Christelle Verrecchia dans les conditions de l'article 699 du Code de procédure civile ;

Dit n'y avoir lieu à exécution provisoire de la présente décision ;

(M. Valleix, Prés. – M^{es} Guttadauro, Henry, Hirsch, Perard, C. Verrecchia, av.)

Note.

La définition du cadre de la représentation du personnel au sein d'établissements distincts a toujours fait couler beaucoup d'encre. Aux débats jurisprudentiels et doctrinaux sur le caractère fonctionnel et relatif de la notion, le législateur est venu, en 2014 (1), rajouter une définition légale, applicable uniquement aux établissements distincts pour les délégués syndicaux. L'ordonnance 2017-1386 du 22 septembre 2017, refondant totalement le droit de la représentation du personnel en créant le CSE, parachève cette reprise en main du législateur. Il semblait en effet difficilement envisageable de créer une nouvelle instance unique sans unifier son périmètre d'implantation. Cette reprise en main est toutefois extrêmement limitée puisque, comme cela

(1) Art. L. 2143-3, modifié par la loi n° 2014-288, du 5 mars 2014.

devient une habitude, le Gouvernement a fait le choix de déléguer cette question à la négociation collective. En effet, le nombre et le périmètre des établissements doivent en priorité être fixés par accord collectif majoritaire (2). En l'absence d'accord majoritaire et en l'absence de délégué syndical, le découpage est opéré par un accord conclu entre l'employeur et le CSE (3). À défaut d'accord, l'employeur peut fixer seul le nombre et le périmètre des établissements distincts, avec pour seule limite l'obligation de tenir compte de « *l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel* » (4). Au final, si le mode de définition est strictement fixé, la définition en elle-même reste à construire. Les tribunaux seront naturellement saisis de cette tâche.

Dans l'affaire qui nous occupe, le TGI de Paris était précisément saisi d'une question portant sur la validité d'un accord collectif majoritaire définissant le nombre et le périmètre des établissements distincts au sein de la RATP. Dans cette entreprise, un accord avait été signé par la RATP, d'une part, et les syndicats CGT, UNSA et CFE-CGC de l'entreprise, d'autre part. Contestant le périmètre défini par accord, le syndicat SUD RATP a fait citer l'ensemble des signataires devant le TGI de Paris selon la procédure à jour fixe, aux fins de voir prononcer la nullité de l'accord. Au soutien de sa demande, le syndicat SUD RATP faisait notamment valoir que le périmètre retenu « *porte atteinte aux droits des salariés en ce qu'il ne leur permet pas de bénéficier d'une représentation collective de proximité et que les métiers regroupés ne constituent pas une communauté de travail et ne peuvent, par conséquent, pas être fusionnés en un seul établissement* ». Tout en déboutant le syndicat SUD RATP de ses demandes, le TGI de Paris a apporté des éclairages intéressants sur la question d'un contrôle par le juge du découpage de l'entreprise opéré par accord. En effet, après avoir rappelé l'importante marge de manœuvre des négociateurs, le TGI indique néanmoins que ces derniers ne bénéficient pas « *d'un pouvoir discrétionnaire faisant obstacle à toute contestation* ». Il précise ensuite l'étendue de son contrôle, qui serait limité à deux hypothèses : la collusion frauduleuse entre les signataires ou l'abus de leurs prérogatives.

Avant d'analyser l'étendue du contrôle du juge en l'absence de critère légal d'identification de l'établissement distinct (2.), il faut se demander si l'on assiste

au développement d'un contentieux d'un nouveau genre (1.).

1. Le développement d'un contentieux d'un nouveau genre ?

La compétence du TGI

La première remarque à formuler sur ce jugement concerne une question qui surprend par son absence : celle de la compétence du TGI. En effet, le découpage de l'entreprise en établissements distincts relevant auparavant du protocole d'accord préélectoral, le contentieux était nécessairement porté devant le juge de l'élection professionnelle, à savoir le TI. Désormais, ce sujet est traité dans un accord collectif de droit commun, en amont du processus électoral (5). Ce basculement supposerait donc un transfert de compétence vers le juge de la validité des accords collectifs, à savoir le TGI. Il n'en reste pas moins que la question des établissements distincts est intrinsèquement liée aux élections professionnelles. Dans ces conditions, quelle logique privilégier ?

Faute de précision dans les ordonnances, cette question a largement été débattue en doctrine (6). Compte tenu de cette incertitude, on aurait pu penser que l'incompétence du TGI aurait été soulevée par les défenseurs. Tel ne semble pas avoir été le cas. L'absence de débat sur la compétence ne nous laisse toutefois pas sans réponse, puisque le TGI aurait pu prononcer d'office son incompétence (7). Il est également possible de déduire de la référence, intéressante mais non indispensable, à l'article L. 2262-13 du Code du travail relatif à la contestation des accords collectifs de droit commun, que le juge s'est interrogé sur la nature du contentieux et a tranché en faveur d'une indépendance, peut-être artificielle, entre la définition par accord des établissements distincts et le processus électoral. Ce choix avait également été fait par la Cour de cassation quelques années plus tôt au sujet de la reconnaissance conventionnelle d'une UES, qui a été sortie du champ de compétence du protocole préélectoral au profit de l'accord collectif de droit commun (8). L'on se retrouve donc face à une situation dans laquelle le TI est compétent pour statuer sur un recours exercé contre une décision de la Direccte, saisie d'un litige portant sur la définition unilatérale des établissements distincts par l'employeur (9), alors que le TGI est compétent sur cette même question si le découpage résulte d'un accord (10).

(2) Art. L. 2313-2, C. trav.

(3) Art. L. 2313-3, C. trav.

(4) Art. L. 2313-4, C. trav.

(5) Art. L. 2313-2, C. trav.

(6) Voir not. L. Dauxerre, « L'établissement distinct dans le droit du comité social et économique », JCP S 2018, 1102.

(7) Art. 92, CPC.

(8) Cass. Soc. 14 novembre 2013, n° 13-12.712.

(9) Art. L. 2313-5 et R. 2313-2, C. trav.

(10) Le même paradoxe se retrouve au sujet des accords de reconnaissance d'UES qui, étant des accords collectifs de droit commun, dépendent en principe de la compétence du TGI, alors que le TI reste compétent en cas de reconnaissance judiciaire (Cass. Avis, 19 mars 2007, n° 00-70.005 P).

Au-delà de cette nouvelle répartition des compétences sur des questions indirectement électorales, la mise en place du CSE pourrait être l'occasion d'un renouveau du contentieux sur le découpage en établissements distincts.

Le renouveau d'un contentieux ?

Le découpage de l'entreprise par accord n'est pas une nouveauté. Seul change le type d'accord supportant ce sujet. Pourtant, si la Cour de cassation avait expressément reconnu la compétence du TI pour statuer sur la validité du protocole d'accord préélectoral procédant au découpage de l'entreprise en établissements distincts (11), ce type de contentieux n'a jamais (ou très rarement) été traité indépendamment d'une action en annulation des élections professionnelles.

En opérant une bascule vers un accord de droit commun, les ordonnances *Macron* ont créé la possibilité d'un contentieux spécifique dédié à la validité des établissements distincts conventionnellement définis, échappant par ailleurs au délai de forclusion de 15 jours au profit du nouveau délai de 2 mois (12). Au-delà de ces facilités procédurales, les conditions de négociation et de conclusion des accords pourraient également justifier le développement de ce type de contentieux. En effet, la négociation du protocole préélectoral est beaucoup plus ouverte que celle d'un accord collectif de droit commun, réservée aux seules organisations syndicales représentatives (13). Les syndicats intéressés, mais non représentatifs, sont donc exclus de la table des négociations des établissements distincts, malgré l'importance stratégique de cette question (14). Par ailleurs, le protocole d'accord préélectoral doit faire l'objet d'un large consensus, puisque sa signature est soumise à la condition de double majorité (15), là où l'accord de droit commun ne suppose que la signature de la majorité des syndicats représentatifs (16). En privilégiant l'accord de droit commun, les ordonnances *Macron* multiplient les syndicats potentiellement insatisfaits du découpage retenu et lèvent ainsi les verrous qui pouvaient expliquer, jusqu'alors, la limitation du contentieux.

Toutefois, les chances de développement d'un tel contentieux sont à relativiser, compte tenu des critères retenus par le TGI pour apprécier la validité du découpage conventionnel.

2. L'étendue du contrôle du juge en l'absence de critère légal

L'existence d'un contrôle malgré l'absence de critère légal

Lorsque les établissements distincts sont définis par accord, le Code du travail ne fixe aucun critère encadrant l'autonomie conventionnelle (17) (18). Le TGI rejette donc l'argument du demandeur, qui tentait d'imposer le critère de l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, applicable uniquement en cas de fixation unilatérale par l'employeur (19). Le jugement insiste, par conséquent, sur la liberté des négociateurs voulue par le législateur et rappelle d'ailleurs qu'elle s'inscrit dans un mouvement législatif et jurisprudentiel global visant à accorder un rôle prépondérant à la négociation collective (20). Leur marge de manœuvre n'est toutefois pas absolue, le TGI refusant d'accorder aux « partenaires sociaux [...] un pouvoir discrétionnaire faisant obstacle à toute contestation ». Le juge a toutefois pris d'importantes précautions pour justifier l'existence même de son contrôle et a longuement insisté sur l'importance de l'autonomie collective et sur la légitimité des organisations syndicales représentatives, « investies de la défense des droits et intérêts des salariés par leur vote ». L'existence d'un contrôle du juge sur le nombre et le périmètre des établissements distincts définis par accord est néanmoins posée. Mais, face au « *laconisme* » de la loi, sur quels critères pourra-t-il se fonder ?

Le rejet des anciens critères jurisprudentiels

La tentation était certainement forte de se référer aux anciens critères jurisprudentiels. En effet, le critère de « *l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel* », applicable en cas de définition unilatérale

(11) Cass. Soc. 2 mars 2001, n° 09-60483.

(12) Art. L. 2262-14, C. trav. : les ordonnances *Macron* ont instauré un délai de 2 mois pour les actions en nullité d'un accord collectif.

(13) Art. L. 2314-5, C. trav. : sont invitées les organisations syndicales qui satisfont aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituées depuis deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise concernée, celles reconnues représentatives dans l'entreprise, celles y ayant constitué une section syndicale ainsi que celles affiliées à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel.

(14) C. Wolmark, « La caractérisation de l'établissement », *Dr. Ouvr.* 2018, 842.

(15) Art. L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 anciens, C. trav.

(16) Art. L. 2313-2 et L. 2232-12, C. trav.

(17) Sur le caractère d'ordre public de la notion d'établissement distinct, voir notamment Y. Pagnerre, « La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme », *RDT* 2018, 358.

(18) En revanche, s'agissant des établissements distincts pour la désignation des délégués syndicaux, la définition légale figurant à l'article L. 2143-3 du Code du travail est d'ordre public : Cass. Soc. 31 mai 2016, n° 15-21.175.

(19) C'est également la position du ministère du Travail : 100 Questions / réponses CSE, Q.25

(20) Voir not. l'évolution jurisprudentielle sur la question de l'égalité de traitement : Cass. Soc. 27 janvier 2015, n° 13-22.179 ; Cass. Soc. 8 juin 2016, n° 15-11.324 ; etc.

par l'employeur, s'inspire évidemment de celui retenu par le Conseil d'État s'agissant de l'établissement distinct au sens du comité d'établissement (21). Le TGI a pourtant refusé cette analogie et rendu obsolète 40 ans de construction jurisprudentielle, en insistant sur la nécessité de tenir compte de la spécificité du CSE. Le jugement explique effectivement que cette nouvelle instance étant amenée à exercer les prérogatives anciennement dévolues aux DP, aux CHSCT et aux CE, la référence aux critères d'identification des comités d'établissements n'est, « à l'évidence », plus pertinente (22). Le TGI n'a pas pour autant tenté de fixer de nouveaux critères de caractérisation de l'établissement distinct au sens du CSE encadrant la liberté des négociateurs (23).

Les critères retenus par le TGI

Le TGI considère que son contrôle doit tenir compte « de la primauté reconnue au dialogue social et du principe de liberté ». Cette déférence particulièrement marquée à l'égard de l'accord collectif aurait pu le conduire à privilégier un contrôle « restreint à la seule licéité externe de l'accord » (24). Cela reviendrait pourtant à oublier qu'au-delà du silence du Code du travail, l'alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 garantit un principe de participation des travailleurs, nécessairement dépendant du périmètre de représentation choisi. Sans l'écrire, c'est très certainement un équilibre entre le principe de participation et l'autonomie collective qu'a tenté de rechercher le TGI. La balance penche toutefois en faveur de l'autonomie collective, cette dernière étant, en réalité, une illustration du principe de participation (25). Le contrôle est donc limité aux hypothèses classiques de la fraude et de l'abus.

S'agissant de la fraude, le TGI explique que cela concerne les cas où les signataires s'entendraient pour fixer le nombre et le périmètre des établissements distincts dans le seul but de garantir leur implantation et leur élection (26). Le jugement n'explique toutefois pas si cela recouvrirait des situations dans lesquelles

le découpage a été opéré pour éviter l'implantation de nouveaux syndicats, désormais évincés des négociations, ou, plus simplement, sans tenir compte de l'intérêt des salariés. On peut toutefois douter de cette seconde possibilité, tant elle semble difficilement applicable.

S'agissant de l'abus, le jugement précise qu'il s'agirait d'un usage abusif de leurs prérogatives par les négociateurs, aboutissant à « un découpage contraire aux intérêts des salariés, qui ne garantirait pas un fonctionnement efficient des CSE et ne leur permettant pas d'exercer au mieux leurs attributions » (27). Le TGI n'explique pas non plus quels pourraient être les éléments à prendre en compte pour apprécier si le découpage retenu permet un bon fonctionnement de l'instance, conforme aux intérêts des salariés. L'on peut d'ailleurs légitimement s'interroger sur l'étendue du contrôle qui sera opéré sur ce fondement, lequel, compte tenu de la priorité absolue donnée à l'autonomie collective, devrait rester très superficiel (28). L'enthousiasme que pourrait susciter ce contrôle de l'abus, qui reviendrait, en réalité, à s'assurer du caractère fonctionnel des établissements définis par accord et de l'existence d'une « représentation adéquate », doit donc être modéré (29).

Enfin, au moins une hypothèse semble avoir été oubliée par le juge (peut-être parce qu'elle ne posait pas de difficulté en l'espèce). Il s'agit de celle d'un accord privant certains salariés de représentants. La jurisprudence a, en effet, toujours sanctionné ce type d'accord et il n'y a aucune raison que cette solution soit remise en cause par le passage au CSE (30).

Reste par ailleurs entière la question de l'étendue du contrôle du juge lorsque les établissements distincts auront été fixés par accord entre l'employeur et le CSE. Pourront-ils se prévaloir de la primauté accordée à la négociation collective ? La jurisprudence ne tardera pas à répondre à cette question.

Hélène Viart,

Conseillère confédérale, DLAJ

(21) F. Favennec-Héry, « Le comité social et économique : une instance à construire », SSL 2017, 1790.

(22) À noter cependant l'arrêt du 19 décembre 2018 (Cass. Soc. 19 décembre 2018, n° 18-23.655), dans lequel la Cour de cassation reprend à son compte la jurisprudence du Conseil d'État sur les établissements distincts au sens du comité d'établissement pour apprécier la légalité de la décision de la décision du TI, saisi dans le cadre d'un recours contre la décision de la Direccte ayant validé le découpage fait unilatéralement par l'employeur (v. également la note explicative publiée par la Cour de cassation).

(23) L'évolution de la notion d'établissement distinct est appelée par une partie de la doctrine, v. not. F. Signoretto, « Plaidoyer pour une évolution de la notion d'établissement distinct », RDT 2018, 352.

(24) Y. Pagnerre, art. préc., n° 16.

(25) C. Wolmark, art. préc., n° 13.

(26) Cette hypothèse avait été envisagée par la doctrine : Y. Pagnerre, art. préc., n° 16.

(27) Est-ce une manière pour le TGI d'appeler de ses vœux la fixation, par le Cour de cassation, de critères d'identification redonnant à l'établissement son caractère fonctionnel ?

(28) En ce sens, la Cour de cassation a refusé de se fonder sur le critère de la proximité pour apprécier la pertinence du découpage retenu dans le cadre d'un contentieux portant sur la validité de la décision du TI saisi de la contestation du découpage fait unilatéralement par l'employeur et validé par la DIRECCTE (Cass. soc., 19 décembre 2018 précité).

(29) C. Wolmark, art. Préc. n° 13.

(30) Voir not. Cass. soc., 5 avril 1994, n° 93-60.373 ; n° 00-60.006 ; Cass. soc., 7 décembre 2016, n° 14-27.232.